

Cour de cassation

Chambre civile 1

Audience publique du 5 avril 2018

N° de pourvoi: 17-15.620

ECLI:FR:CCASS:2018:C100389

Publié au bulletin

Cassation

Mme Batut (président), président

SCP Gaschignard, SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le second moyen, pris en sa deuxième branche :

Vu l'article L. 1142-1, I, alinéa 1er, du code de la santé publique ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, le 19 septembre 2007, Mme X..., dont la grossesse avait été suivie par M. I..., gynécologue obstétricien exerçant son activité à titre libéral (le praticien), a accouché, au sein de la maternité d'[...], de l'enfant J... Y..., né en état de mort apparente, et présentant une agénésie des quatrième et cinquième doigts d'une main et une microcéphalie ; que ce dernier a été immédiatement transféré au centre hospitalier de [...] et a conservé d'importantes séquelles neurologiques ; que, saisie par Mme X..., la commission régionale de conciliation et d'indemnisation d'Aquitaine (la CRCI) a désigné des experts, lesquels ont conclu qu'alerté à deux reprises, au cours du travail, sur l'existence d'anomalies du rythme cardiaque foetal, le praticien aurait dû pratiquer une césarienne et que son attitude attentiste avait abouti à un état d'hypoxie majeure de l'enfant qui présente des séquelles importantes de l'anoxo-ischémie cérébrale et a perdu une chance, estimée à 70 %, sinon de ne présenter aucune lésion neurologique, du moins de présenter des lésions beaucoup moins importantes ; qu'à la suite de l'échec de la procédure de règlement amiable, les parents de l'enfant, agissant en leur qualité de représentants légaux de celui-ci et en leur nom personnel, ainsi que sa grand-mère maternelle (les conjoints X... et Y...), ont assigné le praticien en responsabilité et indemnisation, et mis en cause la caisse primaire d'assurance maladie de la Gironde (la

caisse) qui a demandé le remboursement de ses débours ; que, contestant toute responsabilité, le praticien a sollicité une expertise judiciaire et produit plusieurs avis médicaux amiables, remettant en cause les conclusions des experts relatives tant à la nécessité de procéder à une césarienne en urgence qu'à l'origine des séquelles présentées par l'enfant ;

Attendu que, pour rejeter la demande d'expertise judiciaire et condamner, sur le fondement du rapport d'expertise amiable, le praticien à indemniser les conjoints X... et Y... ainsi que la caisse, au titre d'une perte de chance, subie par l'enfant à hauteur de 70 %, de ne présenter aucune séquelle ou de conserver des séquelles moindres, l'arrêt écarte les avis médicaux produits par le praticien, en retenant qu'ils se réfèrent à des recommandations du collège national des gynécologues et obstétriciens français édictées en décembre 2007, soit trois mois après la naissance de l'enfant, qui ne sont pas pertinentes, dès lors que les données acquises de la science doivent s'apprécier à la date de l'événement examiné ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'un professionnel de santé est fondé à invoquer le fait qu'il a prodigué des soins qui sont conformes à des recommandations émises postérieurement et qu'il incombe, alors, à des médecins experts judiciaires d'apprécier, notamment au regard de ces recommandations, si les soins litigieux peuvent être considérés comme appropriés, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 31 janvier 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Bordeaux ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Toulouse ;

Laisse à chaque partie la charge de ses dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du cinq avril deux mille dix-huit. MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Gaschignard, avocat aux Conseils, pour M. I....

PREMIER MOYEN DE CASSATION :

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté le Dr Joseph I... de sa demande d'expertise, déclaré celui-ci responsable de la perte de chance de J... Y... d'échapper aux séquelles neurologiques qu'il présente ou d'en présenter de moins graves, pour n'avoir pas mis en oeuvre une césarienne lors de la prise en charge de Mme Aurélie X... le 22 septembre 2007, évalué cette perte de chance à 70 %, et condamné le Dr I... à payer à titre de provision les sommes de 400.000 € à Mme Aurélie X... et M. Alexis Y... , ès-qualité de représentants légaux de J... Y..., 100.000 € à Mme Aurélie X..., 20.000 € à M. Alexis Y... et 10.000 € à Mme Catherine X...,

AUX MOTIFS QU'aux termes de l'article L1142 du code de la santé publique, hors le cas où la responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code ainsi que tout établissement dans lequel sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention de soin ou de soins en cas de faute ; que le docteur Joseph I... conteste sa responsabilité et sollicite une expertise médicale judiciaire qui aurait notamment pour objectif de rechercher si la paralysie cérébrale dont est atteint l'enfant ne serait pas la conséquence d'une anomalie génétique dont l'agénésie de deux doigts serait une manifestation, ou d'une souffrance prénatale ; que c'est par des motifs complets et pertinents qui ne sont pas remis en cause par les débats en appel et que la cour adopte que le premier juge a, étudiant très complètement l'argumentation des parties et le rapport d'expertise, dit que la responsabilité du docteur Joseph I... était engagée ; que le docteur Joseph I... fait valoir que l'agénésie de deux doigts de la main droite, qui a été considérée comme dépourvue de rapport avec l'anoxie périnatale, pourrait être révélatrice d'une anomalie génétique dont la paralysie cérébrale est une autre des manifestations ou d'une pathologie déclarée en fin de grossesse ou en tout cas au début du travail, selon avis de médecins spécialisés dont il a sollicité l'avis, les professeurs Z..., D..., L..., A..., le docteur B..., le groupe Gynerisq ; que l'argumentation relative à une anomalie génétique ou à une pathologie prénatale sera écartée, étant observé que Mme Aurélie X... a été suivie tout au cours de sa grossesse, considérée comme n'étant pas à risque, par le docteur Joseph I... , qui n'a détecté aucune difficulté ou anomalie, et ce y compris lors de la dernière échographie le 28 juillet 2007, alors que l'absence de deux doigts aurait pu être vue ; que les consorts X... Y... produisent en effet les résultats du test TBX3 sollicités par le docteur Joseph I... qui n'a été adressé à Mme Aurélie X... par le CHU de [...] qu'en avril 2016, test qui n'a pas permis de mettre en évidence une anomalie de séquence pouvant expliquer la pathologie (pièce 86) ; qu'il est d'ailleurs observé que l'agénésie des deux doigts n'a pas été détectée aux échographies réalisées en toute fin de grossesse, le dernière à près de huit mois de grossesse ; qu'en l'absence de mesure du PH ou des lactates ou d'analyse des gaz du sang, mesures et analyses connues qui auraient pu permettre d'écarter une autre cause à la paralysie cérébrale que l'anoxie périnatale, il convient de statuer sur la base des données produites, et notamment la preuve de l'absence d'anomalie génétique ressortant de la pièce réclamée par l'appelant et produite en appel ; que les pièces produites par le docteur Joseph I... (pièces 2, 3, 4, 5, 10, 13 à 15), ne sont pas de nature à remettre en cause l'appréciation du tribunal ; que le docteur Joseph I... fait état d'une lettre adressée à son avocat et au docteur C... par le docteur B..., qui n'est autre que son associé à la clinique [...] d'[...], ce qui le prive de l'impartialité nécessaire pour émettre un avis dans une procédure judiciaire, comme en témoignent les termes de «scandaleux, analyse partielle et à charge, description approximative» dont il qualifie le rapport d'expertise, et qui, s'il

mentionne que le docteur Joseph I... était présent lors de l'après midi de l'accouchement et est passé régulièrement en salle d'accouchement - ce qui est contesté - n'indique pas, alors qu'il a été appelé deux fois dans l'après midi par la sage femme, les mesures qu'il aurait prises ou son analyse de la situation ; qu'il en est ainsi si lourdes que puissent le cas échéant être les conséquences de la reconnaissance de la responsabilité du docteur Joseph I..., qui n'est assuré qu'à hauteur de 3 millions d'euros ; que l'avis émis sur le rapport d'expertise et non sur pièces ou au contradictoire des consorts X... Y... par le docteur D... est de ce fait nécessairement incomplet ; en tout état de cause, il convient de le lire dans sa globalité sans se borner à en extraire des membres de phrases ; que ce praticien du CHU de [...] indique que dès le début de l'enregistrement du rythme cardiaque foetal, celui-ci montrait des oscillations à la limite de la normale ce qui a motivé au moins deux appels de la sage-femme, et que rétrospectivement les phases répétées d'anomalies du rythme cardiaque foetal par séquences de 20 à 30 mn avec faible variabilité étaient inquiétantes, mais ne se prononce pas sur la décision qu'aurait pu prendre le docteur Joseph I... s'il était venu lors des deux premiers appels de la sage-femme, ou immédiatement lors du troisième, et n'apprécie l'opportunité de la césarienne qu'après le début de la phase d'expulsion, alors que si celle-ci avait été déclenchée plus tôt, les difficultés résultant du début d'expulsion, qui ne sont pas insurmontables (manoeuvres de remontée du bébé), auraient pu être corrigées et faire néanmoins gagner un temps de plus en plus précieux ; qu'il est en outre observé que le col avait cessé de se dilater depuis deux heures, ce qui pouvait générer des difficultés à l'expulsion, qui a été faite avec l'aide d'instruments ; que par ailleurs ce praticien se fonde sur les recommandations relatives au rythme cardiaque foetal telles que résultant du CNGOF de décembre 2007 ; que celles-ci sont en effet postérieures de trois mois à la naissance de l'enfant, et ne sont en conséquence pas pertinentes pour une naissance le 19 septembre 2007 qui doit s'apprécier au regard des données acquises de la science à la date de l'événement examiné, même s'il est a posteriori possible d'envisager une analyse différente, encore que le docteur Joseph I... soit en réalité assez imprécis sur les conséquences qu'il faudrait tirer des nouveautés résultant de ces nouvelles recommandations dans le cas précis objet du litige ; que la cour observe cependant que même au regard de ces recommandations, le rythme cardiaque foetal de l'enfant présentait des risques majeurs : ralentissement prolongé de 3 mn à 70 battements par minute, variabilité inférieure à 5 battements, phases de tachycardie (trois phases à 200 battements par minute), amniotomie non recommandée, parce qu'elle induit des anomalies du rythme cardiaque foetal à type de ralentissements variables et tardifs, alors qu'elle a été pratiquée sur la mère, appel à un médecin anticipé pour ne pas prolonger exagérément la durée de l'expulsion, qui a été fait en l'espèce mais sans succès au regard de l'arrivée tardive à 18 h 10 du docteur Joseph I... ; qu'en revanche, le placement de la parturiente en décubitus latéral est recommandé en cas d'anomalies du rythme cardiaque foetal et en l'espèce, ce positionnement en décubitus latéral a été effectué, ce qui dénotait la conscience d'un rythme cardiaque foetal anormal ; qu'en tout état de cause, le docteur D... conclut pour l'essentiel à la réduction du pourcentage de la perte de chance retenu par les experts de 70 à 50 % ; qu'enfin, s'il mentionne la possibilité d'une hypoxie anténatale aggravée pendant l'expulsion, qui serait possible selon lui même sans retard de croissance et avec un liquide amniotique clair, il indique qu'il est impossible de faire la part entre les deux en l'absence de mesure du PH ou des lactates, dont il a été indiqué ci dessus que ces mesures et analyses connues permettraient d'écarter une autre cause à la paralysie cérébrale que l'anoxie périnatale ; que s'agissant de l'avis médical sur pièces du professeur Z..., chef de service à l'hôpital nord de [...], il trouve ses limites dans le fait qu'il est sur pièces ; que ce praticien indique qu'il n'est pas possible d'affirmer qu'une césarienne réalisée à 18 h aurait fondamentalement modifié le pronostic, libellé qui a contrario en filigrane signifie qu'une césarienne aurait pu modifier le pronostic, mais encore eût il fallu que le docteur Joseph

I... soit présent à 18 h ; qu'il pose également la question d'une pathologie déclarée en fin de grossesse ou en tout cas avant le début du travail du fait de l'anomalie d'un membre supérieur et de l'anémie post natale, question ci dessus étudiée, et sur laquelle il se borne à suggérer une hypothèse sans évoquer de moyens d'exploration, ni faire référence à l'élément nouveau produit en appel ; que le professeur L..., spécialiste d'imagerie pédiatrique et foetale, fait état dans sa « relecture d'examen » (pièce 10) du 7 décembre 2015 portant sur l'IRM réalisée à cinq jours sur le bébé à une potentielle combinaison de souffrance aigue associée à une souffrance plus chronique déjà installée dans les jours ou heures précédant l'accouchement ; que là encore, ces suppositions sont écartées par les considérations ci-dessus ; que de plus, le professeur E... qui a procédé à l'IRM « relu » par le professeur L..., souligne (pièce 83 des consorts X... Y...) la difficulté d'interpréter à J+5 le moment et donc la cause de la survenance des lésions, qu'il attribue, dans le contexte connu, à l'état clinique de l'enfant au moment de la naissance ; que s'agissant du document émanant du professeur A... (pièce 13 du docteur Joseph I...) intitulé de façon non neutre « rapport critique sur les pièces du dossier médical et de l'expertise judiciaire fournis par le docteur Joseph I... », étant d'ailleurs observé qu'il ne s'agit pas d'une expertise judiciaire, "rapport" qui cherche à minimiser la possibilité que la paralysie cérébrale de l'enfant ait une cause périnatale résultant de l'asphyxie foetale, il est tout d'abord observé qu'il se fonde sur les recommandations du CNGOF (auquel il participe) de décembre 2007 postérieures à l'accouchement ; que la critique du rapport d'expertise de la CRCI en ce qu'aurait été omis l'aspect pédiatrique est infondée puisque l'un des deux experts était un pédiatre ; qu'en tout état de cause, il ressort des pièces produites par les consorts X... Y... que le professeur A... est lié via le groupe ASSPRO (association visant à défendre des médecins mis en cause dans des procédures) dont il est le médecin conseil au cabinet d'assurances Branchet, assureur du docteur Joseph I..., qui a refusé de reconnaître la responsabilité de celui-ci et de formuler une proposition d'indemnisation, de sorte que son impartialité est, en dépit de sa qualité d'expert judiciaire, à tout le moins sujette à caution ; que le docteur A... est également lié au groupe Gynerisq évoqué ci dessous, avec lequel travaille également le cabinet Branchet qui le finance (pièces 87, 88, 89, 90, 91 des intimés) ; que s'agissant enfin de l'analyse du rythme cardiaque foetal effectuée par le groupe Gynerisq (pièce 15), qui n'est pas en tant que tel un groupe d'experts mais un groupe d'accréditation des praticiens (pièce 14), au delà de sa lisibilité qui demeure à démontrer (référence non à des heures mais à des cotations), sa conclusion aux termes de laquelle les anomalies du rythme cardiaque foetal sont épisodiques avec essentiellement des épisodes de variabilité minime n'excédant jamais 40 mn et parfois associés à des ralentissements moins sévères, apparaît en contradiction avec la mention suivante « aucune anomalie du rythme cardiaque foetal permettant d'affirmer la survenue d'un épisode aigu perpartum pouvant entraîner une acidose métabolique à risque neurologique » et « une conduite obstétricale cohérente », dès lors que sont portées dans la colonne "interprétation" de nombreuses mentions « non significatif », la réitération du non significatif devenant justement significative, deux épisodes "suspects" et deux épisodes "suspects à risque d'acidose", et dans la colonne « événements » un unique appel à obstétricien alors que la sage femme a alerté à trois reprises le docteur Joseph I..., qui n'est intervenu qu'à son troisième appel, et avec un délai de 30 minutes, alors que la situation devenait urgente ; qu'il est précisé que le docteur Joseph I... est cotisant au groupe Gynerisq ; que l'attestation non manuscrite et à ce titre irrecevable de la sage femme est inexploitable car très imprécise sur la réponse du docteur Joseph I... à ses deux premières sollicitations et ne porte aucune référence horaire, se bornant en réalité à indiquer que le docteur Joseph I... avait en ce milieu d'après-midi un autre accouchement et qu'il est donc passé en salle de naissance, ce qui n'implique nullement qu'il se soit intéressé au cas de Mme Aurélie X... ; qu'au vu de ces éléments, de ceux retenus par le premier juge et de l'examen génétique normal de l'enfant

produit en appel, qui permet d'écarter l'anomalie génétique suggérée par l'appelant, il y a lieu de confirmer le jugement, la responsabilité du docteur Joseph I... étant engagée pour n'avoir pas en temps utile envisagé une césarienne devant une stagnation du col, un rythme cardiaque foetal anormal, et n'avoir pas répondu en temps utile aux alertes de la sage femme, ne s'étant présenté qu'à 18h40 à la suite de son appel de 18 h 10, et ce sans aucune explication, alors que les experts mentionnent qu'à partir de 18 h la césarienne devait être envisagée en urgence, ce qui aurait réduit le risque pour l'enfant J... de présenter les pathologies résultant de son anoxie périnatale ; qu'il n'y a pas lieu à ordonner une expertise judiciaire, l'expertise réalisée dans le cadre de la CRCI par un obstétricien et un pédiatre étant complète et suffisante ; que le jugement sera confirmé en toutes ses dispositions relatives à la responsabilité du docteur Joseph I... , au quantum de la perte de chance retenu de 70 %, au rejet de la demande d'expertise et aux provisions accordées ;

ET AUX MOTIFS QU'aux termes de l'article 1142-1-I du code de la santé publique, hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés dans la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostics ou de soins, ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes, de prévention, diagnostics ou de soins qu'en cas de faute"; que selon le rapport d'expertise médicale contradictoire de J... Y... en date du 2 avril 2010 des Dr F... et K... suite à la réunion d'expertise du 26 mars 2010, la grossesse de Mme Aurélie X... suivi par le docteur I... s'est déroulée normalement, le terme prévu étant le 22 septembre 2007 ; qu'en ce qui concerne l'accouchement, Mine X... Aurélie, s'est présentée à 1 heure à la maternité du centre médico- chirurgical [...] d[...] où elle a été hospitalisée et s'est mise progressivement en travail ; qu'elle a été installée en salle de naissance à 8 heures 10 alors que le col était dilaté à 3 cm puis le travail va progresser normalement jusqu'à 16 heures 30, puis la dilatation du col va stagner à 9 cm durant 2 heures jusqu'à 18 heures 40, heure à laquelle la dilatation est complète et les efforts expulsifs débutent ; que pendant la durée du travail entre 11heures 50 et 13heures, puis entre 13heures30 et 14heures, le rythme cardiaque foetal va montrer des anomalies marquées par une nette diminution des oscillations inférieures à 5 bpm ; que la sage-femme note à 13 heures 30 que le col est dilaté à 7 cm et sur le monitoring que le RCF (rythme cardiaque foetal) est «serré» ce qui correspond sur le tracé à un rythme micro-oscillant et qu'elle le signale au Dr I... qui indique ne pas se souvenir quelle réponse il lui a faite ; qu'après 14 heures, le RCF se normalise avec cependant des périodes de micro-oscillations en particulier de 14 heures 20 à 15 heures puis de nouveaux à partir de 15 heures 20 ; qu'à 15 heures 30, le col est dilaté à 8 cm et la sage-femme a noté sur le monitoring: "rythme signalé au Dr I..." ; que celui-ci indique ne pas se souvenir de ce qu'il a répondu à la sage femme à ce moment-là ; qu'aucune consigne n'est notée dans le dossier ; qu'à partir de 15 heures 45 et jusqu'à 16 heures 10, le rythme de base est à 130 bpm, micro-oscillant avec des ralentissements peu profonds mais pratiquement réguliers à chaque contraction ; qu'à 17 heures 25 se produit un ralentissement profond à 60 bpm, récupérant en deux minutes, ce ralentissement étant contemporain d'un effort expulsif ; que le RCF récupérant ensuite, tout en restant micro-oscillant ; qu'un nouveau ralentissement survient à 17heures 45 lors d'un nouvel effort expulsif ; qu'il est alors noté sur l'enregistrement que les effort expulsifs sont interrompus pour laisser le temps à la présentation de descendre ; qu'à partir de 18 heures, le RCF redevient micro-oscillant avec des ralentissements peu profonds mais présents à chaque contraction ; que la sage-femme appelle le Dr I... à 18heures 10 ; que celui-ci vient au chevet de la parturiente à 18heures 40 au moment du début des efforts expulsifs ; que l'examen du monitoring

montre que les ralentissements s'étaient à partir de 18 heures 30 devenant profonds et répétés dès les premiers efforts expulsifs, avec à 19 heures 13 un épisode de tachycardie à 200 bpm ; que la tête foetale ne progresse qu'avec difficulté nécessitant à la pratique de l'expression utérine, le Dr I... a utilisé la ventouse au détroit inférieur et les spatules de Thierry et a réalisé une épisiotomie ; qu'après 55 minutes d'expulsion, l'enfant né en état de mort apparente à 19 heure 35 avec un poids de 3660 g, une taille de 49,50 cm, un périmètre crânien de 35 cm ; qu'en ce qui concerne l'enfant prénommé J..., il a été immédiatement aspiré, ventilé au masque en oxygène pur avec massage cardiaque externe ; qu'à cinq minutes, l'APGAR est à 4 ; qu'il est intubé et reçoit de l'adrenaline par voie intra-trachéale et une perfusion de solution glucosée ; que le rythme cardiaque reste satisfaisant, la saturation à 90 % mais l'enfant est très hypotonique ; qu'il est sédaté par hynoyel et sufenta ; qu'il est pris en charge par le SMUR pédiatrique et transféré dans le service de pédiatrie néonatale et réanimation du CHU de Bordeaux où il restera hospitalisé du 19 septembre au 22 octobre 2007 ; qu'il sera rapidement déventilé et extubé définitivement le 26 septembre ; qu'il a été en hypotension pendant cinq jours justifiant l'administration de dopamine et d'hydrocortisone ; que les examens biologiques ont confirmé une souffrance anoxique polyviscérale avec à l'admission, des lactate élevées à 7,7 mEq, créatine élevée à 162 umol/l, cytolise hépatique, transaminases GO : 446, GP : 56 ; que la numération formule sanguine à l'entrée ne montre pas d'anémie ; que le taux d'hémoglobine chute ultérieurement à cause des prélèvements sanguins nécessaires pour surveiller l'enfant en réanimation et d'un certain degré d'hémnodilution chez un enfant ayant une souffrance neurologique sévère ; qu'il présente une hypotonie axiale avec sur l'électroencéphalogramme du 20 septembre 2007 un tracé de souffrance cérébrale marquée plus accentuée à gauche ; qu'il reçoit du Gardéal, de la morphine, de l'hypnovel par voie intraveineuse et présente le 20 septembre des mouvements des membres supérieurs d'allure convulsive justifiant une deuxième dose de Gardéal ; que l'échographie montre un aspect hétérogène des 2 thalamus avec des petites zones hyper-échogènes et un index de résistance artériel au niveau de la cérébrale antérieure abaissé ; qu'il reste très hypotonique et hyporéactif jusqu'à l'âge de trois semaines ; qu'il présente une malformation congénitale de la main droite avec agénésie des quatrième et cinquième doigts de la main droite ; que le caryotype est masculin normal, les bilans métaboliques effectués éliminaient une maladie métabolique ; qu'il présente un syndrome de West à l'âge de cinq mois justifiant une nouvelle hospitalisation en neuropédiatrie le 23 janvier 2008 et supporte mal le traitement qui lui est administré ; que par la suite, il sera suivi toute l'année 2008 et 2009 au CAMPS et dans le service de pédiatrie du CHU, l'évolution est vers une infirmité motrice cérébrale tétraparétique, des troubles de déglutition confirmée au transit oeso-gastrique ; que son état nécessite la poursuite de la rééducation, la mise en place d'un siège moulant et la poursuite du traitement anti-comitial ; que lors de l'examen, il présente un poids et une taille normale pour son âge, un périmètre crânien de 45 cm insuffisant témoignant d'une microcéphalie, une agénésie des quatrième et cinquième doigts de la main droite sans lien avec l'histoire principale ; que des séquelles neurologiques majeures puisqu'il ne tient pas sa tête, n'a pas acquis la position assise et debout ; il existe une hypotonie axiale périphérique majeur ; qu'il n'a pas ou très peu de contacts visuels et auditifs, il présente un strabisme ; qu'il est sous depakine ; qu'au niveau médico-légal, les médecins experts exposent qu'un rythme cardiaque foetal micro-oscillant pendant plus de 30 minutes doit être considéré comme pathologique ; qu'en l'espèce, le RCF a été micro-oscillant entre 11 heures 50 et 13 heures puis entre 13 heures 30 et 14 heures, éléments signalés au Dr I... à 13 heures 30 puis à nouveau à 15 heures 30 ; qu'à partir de 15 heures 45 et jusqu'à 16 heures 10, le rythme de base était à 130 bpm, micro-oscillant avec des ralentissements peu profonds mais pratiquement réguliers à chaque contraction conférant au RCF un caractère pathologique ; qu'à 17 heures 25, il était noté la survenue d'un ralentissement profond à

60 bpm ; que le RCF récupère mais reste micro-oscillant et à 17 heures 45, se produit un nouveau ralentissement lors d'un nouvel effort expulsif ; que les efforts expulsifs sont interrompus pour laisser le temps à la présentation de descendre mais à partir de 18 heures le RCF redevient micro oscillant avec des ralentissements peu profonds mais présents à chaque contraction, conférant à ce rythme un caractère encore plus pathologique ; qu'appelé à 18 heures 10, le Dr I... viendra à 18 heures 40 au moment du début des efforts expulsifs qui vont durer 55 minutes, période durant laquelle le RCF sera très pathologique avec à 19 heures 13 un épisode de tachycardie à 200 bpm hautement pathologique ; que la durée excessive pour un premier accouchement pour lequel la durée de l'expulsion doit être de 30 minutes maximum ; que les anomalies du RCF témoignaient d'une hypoxie totale ; que les médecins experts concluent que cette attitude attentiste du Dr I... a abouti à un état d'hypoxie majeure de l'enfant qui est né en état de mort apparente et qui présente actuellement des séquelles importantes de l'anoxo ischémie cérébrale qu'il a subie ; que le Dr I... aurait dû prendre les mesures qui s'imposaient et qu'en ne pratiquant pas dès 18 heures une césarienne alors qu'il avait été alerté à deux reprises par la sage-femme d'anomalies du rythme cardiaque foetal, il n'a pas agi conformément aux règles de l'art et aux données acquises de la science à l'époque des faits ; que l'état actuel de l'enfant est la conséquence directe de l'hypoxie prolongée qu'il a subie au cours de l'accouchement, étant précisé que les médecins indiquent que l'agénésie des quatrième et cinquième doigt de la main droite est sans lien avec ce qui reproché au Dr I... ; que le Dr I... estime ne pas avoir engagé sa responsabilité et se prévaut de l'analyse des professeurs D... et Z... reposant sur les recommandations de CNGOF du 12 décembre 2007 pour indiquer qu'il est impossible d'affirmer que le rythme enregistré de 15 heures 45 à 16 heures 10 était réellement pathologique ; que le rythme cardiaque foetal en fin de travail était après une première anomalie survenue à 17 heures 20 suivie d'une récupération par traitement normal avec un rythme de base à 150 ; qu'en l'absence, d'anomalies pathologiques du rythme avant 18 heures, il n'y avait alors aucune indication à proposer une césarienne plus tôt ; qu'il est conforme à la pratique médicale de tenter une extraction par voie basse ; qu'il n'est pas établi que s'il avait été décidé une césarienne la naissance de l'enfant n'aurait été accomplie dans les mêmes délais ; qu'il produit une attestation de la sage-femme Mme Yvette G... en date du 17 juin 2010 ainsi libellée : « Atteste que le Dr I... s'est rendu en salle de naissance auprès de Mme X... Aurélie, sa patiente, de façon spontanée et lorsque que je l'ai sollicité. Il n'est pas possible de dire que ce dernier ne soit pas passé en salle de naissance sur la durée du travail de cette patiente et de par le fait qu'il a procédé à un accouchement en milieu d'après-midi. Ce ne sont pas des pratiques du docteur H... qui passe en salle de naissance voir ses patientes, il sait se rendre disponible si besoin comme peut le permettre notre petite structure » ; qu'en réalité, il résulte des opérations expertales que le Dr I... ne s'est présenté qu'à 18 heures 40 dans la salle de travail au moment de l'expulsion alors qu'il avait été dès le début de l'après-midi, soit à 13 heures 30, prévenu d'anomalies au niveau du rythme cardiaque foetal puis à 15 heures 30, et ce alors qu'il est objectivé que ces anomalies ont perduré avec des difficultés dans le déroulement du travail puisque la dilatation est restée stagnante pendant 2 heures chez une primipare ; qu'appelé à 18 heures 10, il se présentera pour la seule expulsion à 18 heures 40 ; que le Pr D... indique « contrairement à ce qui est dit dans l'expertise, le rythme cardiaque foetal à 18 heures n'impose pas avec certitude la réalisation d'une césarienne. C'est à partir de 18 heures 10 que le rythme cardiaque foetal s'altère avec un rythme de base à 150 (normale à 110/160 RPC CNGOF). Il existe une faible variabilité inférieure ou égale à cinq battements par minute et des ralentissements précoces de 20 battements, syndrome des contractions. Il est certain que rétrospectivement les phases répétées d'anomalies du rythme par séquence de 20 à 30 minutes avec faible variabilité était inquiétante » ; qu'il joint à ses dires une étude du CNGOF en date du 12 décembre 2007 sur les modalités de surveillance foetale pendant le

travail d'où il ressort qu'un RCF est normal lorsqu'il remplit les quatre critères suivants : rythme de base: compris entre 110 et 160bpm, variabilité: comprise entre 6 et 25 bpm, réactivité : présence d'accélération, ralentissements : absence, et que le RCF est une bonne méthode de dépistage de l'asphyxie fatale pendant l'accouchement car sa sensibilité est très bonne, l'existence d'un RCF normal permet d'affirmer le bien-être foetal avec une excellente valeur prédictive négative que le diagnostic clinique de travail et son caractère actif (phase active de la dilatation cervicale) sont nécessaires pour juger de l'attitude de prise en charge ; qu'il apparaît que nonobstant le fait que l'accouchement a eu lieu avant les recommandations du CNGOF du 12 décembre 2007 et qu'ainsi les experts devant se prononcer conformément aux règles de l'art et aux données acquises de la science médicale à l'époque où les soins et actes ont été pratiqués, ne pouvaient se référer à elles, la situation devait être analysée globalement et non pas en tronçonnant les différents incidents au cours de l'accouchement comme le font le Dr I... et les médecins à qui il a soumis le rapport d'expertise pour dire qu'aucun des différents incidents n'était très grave et ne justifiait une intervention particulière ; que les experts médicaux n'ont pas prétendu qu'il pouvait être réalisé une césarienne lorsque que le Dr I... est finalement intervenu à 18 heures 40 mais ont relevé, ce qui n'est d'ailleurs pas contredit par le professeur D..., qu'il existait des signes objectifs d'hypoxie foetal résultant des anomalies répétées du RCF et qui a abouti à un état d'hypoxie majeure chez l'enfant qui est né après 55 minutes d'efforts expulsifs en état de mort apparente et que la césarienne aurait du être décidée dès 18 heures, soit à compter de 18 heures ; qu'il résulte des éléments matériels recueillis au cours de l'expertise, éléments qui ne sont pas contredits par l'attestation de la sage-femme en date du 17 juin 2010, que le Dr I... n'est intervenu qu'à partir de 18 heures 40 alors qu'à partir de 13 heures 30, le RCF a présenté des "phases répétées d'anomalies du rythme par séquence de 20 à 30 minutes avec faible variabilité" selon tes termes mêmes du professeur D... qui reconnaît que rétrospectivement, elles étaient inquiétantes ; qu'en ne donnant aucune consigne ou recommandation particulière à la sage femme qui pourtant l'a alerté à 2 reprises, à défaut en ne venant pas surveiller le travail malgré ces anomalies du RCF dont il était dûment avisé, si bien qu'il ne sera tenu aucun compte de la stagnation du travail qui devait aussi l'alerter, et en intervenant à 18 heures 40, il a rendu impossible toute césarienne en temps utile pour éviter d'exposer plus longtemps l'enfant à une hypoxie foetale qui est, avec la durée des efforts expulsifs, devenue très importante au point que l'enfant est né en état de mort apparente à 19 heures 35 ; que la faute reprochée au Dr I... a un lien de causalité directe puisque qu'elle a été à l'origine d'une perte de chance d'éviter des séquelles neurologiques ou d'en présenter de moins graves ; que le docteur Z... indique qu'il y a association d'une anomalie d'un membre supérieur et une anémie à révélation secondaire et que les experts n'ont pas retenu l'implication de cette anémie dans la gravité du pronostic alors que selon lui, il est difficile d'admettre qu'une chute de 4 points d'hémoglobine soit considérée comme habituelle et liée au prélèvement sanguin ; qu'il conclut sur l'état postnatal de la manière suivante « cette anémie n'est sûrement pas anodine si l'on admet la notion d'une anoxie périnatale » ; qu'outre qu'il convient d'observer que le docteur Z... est le seul à faire ces observations, qu'il ne documente, ni n'explique, il oublie de mentionner que lorsque J... est hospitalisé le 19 septembre dans le service de pédiatrie néonatale et réanimation du CHU de [...], la numération formule sanguine ne montre pas d'anémie et qu'en outre, les médecins experts ont indiqué que cette anémie ne résultait pas simplement des prélèvements sanguins mais aussi d'un certain degré d'hémodilution chez un enfant ayant une souffrance neurologique sévère et que cette anémie ne participait pas aux lésions de l'enfant ni en anténatale, ni en postnatal ; qu'il en résulte qu'il n'existe, en réalité, aucune critique médicalement fondée sur le rapport d'expertise rendue par les Dr F... et K... et qu'il convient de débouter le Dr I... de sa demande de nouvelle expertise sur l'ensemble des faits ayant conduit à la présente procédure ; qu'au vu de l'ensemble des éléments

précités, il apparaît que le Dr I... a fait perdre à l'enfant J... Y... une perte de chance, sinon de ne présenter aucune lésion neurologique, du moins de présenter des lésions beaucoup moins importantes, étant rappelé que l'agénésie du quatrième et cinquième doigt de la main droite n'est pas rattachée aux conséquences de la faute reprochée au Dr I... ; que cette perte de chance doit être évaluée à 70 % ;

1° ALORS QUE le droit à un procès équitable implique que lorsque la commission régionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux a fait diligenter une expertise dans le cadre de la procédure de règlement amiable, les conclusions du rapport de cette expertise puissent être contestées par les parties devant le juge saisi ultérieurement et qu'une expertise judiciaire puisse être ordonnée à cette fin ; que le docteur I... contestait l'interprétation faite par les experts désignés par la commission régionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux des relevés du rythme cardiaque foetale pendant l'accouchement et la conclusion qu'ils en ont tirée, selon laquelle il aurait dû pratiquer une césarienne en urgence, et faisait valoir que les séquelles de l'enfant pouvaient avoir une autre cause que les circonstances de l'accouchement, en particulier une cause génétique qui n'avait pas été recherchée par les experts ; qu'il sollicitait pour le démontrer une expertise judiciaire ; qu'en rejetant cette demande d'expertise, tout en écartant, dans le même temps, tous les avis médicaux contestant les conclusions des experts désignés par la commission aux motifs que ceux-ci n'émanaient pas de professionnels impartiaux, qu'ils n'avaient pas été rendus au contradictoire des autres parties, et qu'il ne s'agissait pas d'expertises judiciaires, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile et l'article 6 § 1er de la convention européenne des droits de l'homme ;

2° ALORS, en tout état de cause, QUE le juge ne peut fonder sa décision exclusivement sur une expertise non judiciaire qui est contestée et n'est corroborée par aucun autre élément de preuve ; que pour retenir la responsabilité du docteur I..., dire que celui-ci avait commis une faute en ne pratiquant pas une césarienne et en laissant Mme X... accoucher par voie basse, et que cette faute était à l'origine des séquelles neurologiques de l'enfant, la cour d'appel s'est exclusivement fondée sur le rapport des experts désignés par la commission régionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux et a refusé d'ordonner une expertise judiciaire ; qu'en fondant exclusivement sa décision sur cette seule expertise non judiciaire, dont les conclusions étaient contestées par le docteur I..., la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile, ensemble l'article 6 § 1er de la convention européenne des droits de l'homme.

3° ALORS au surplus QU'il résulte de l'avis du professeur D... que celui-ci s'est prononcé sur un dossier comprenant « les feuilles de suivi de la grossesse, le déroulement du travail et le monitoring » ; qu'en retenant que cet avis est nécessairement incomplet dès lors qu'il a été émis sur le rapport d'expertise « et non sur pièces », la cour d'appel l'a dénaturé, violant ainsi l'article 1192 du code civil et le principe selon lequel le juge ne doit pas dénaturer les documents de la cause ;

SECOND MOYEN DE CASSATION :

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté le Joseph I... de sa demande d'expertise,

déclaré celui-ci responsable de la perte de chance de J... Y... d'échapper aux séquelles neurologiques qu'il présente ou d'en présenter de moins graves, pour n'avoir pas mis en oeuvre une césarienne lors de la prise en charge de Mme Aurélie X... le 22 septembre 2007, évalué cette perte de chance à 70 %, et condamné le Dr I... à payer à titre de provision les sommes de 400.000 € à Mme Aurélie X... et M. Alexis Y... , ès-qualité de représentants légaux de J... Y..., 100.000 € à Mme Aurélie X..., 20.000 € à M. Alexis Y... et 10.000 € à Mme Catherine X...,

AUX MOTIFS QU'aux termes de l'article L1142 du code de la santé publique, hors le cas où la responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code ainsi que tout établissement dans lequel sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention de soin ou de soins en cas de faute ; que le docteur Joseph I... conteste sa responsabilité et sollicite une expertise médicale judiciaire qui aurait notamment pour objectif de rechercher si la paralysie cérébrale dont est atteint l'enfant ne serait pas la conséquence d'une anomalie génétique dont l'agénésie de deux doigts serait une manifestation, ou d'une souffrance prénatale ; que c'est par des motifs complets et pertinents qui ne sont pas remis en cause par les débats en appel et que la cour adopte que le premier juge a, étudiant très complètement l'argumentation des parties et le rapport d'expertise, dit que la responsabilité du docteur Joseph I... était engagée ; que le docteur Joseph I... fait valoir que l'agénésie de deux doigts de la main droite, qui a été considérée comme dépourvue de rapport avec l'anoxie périnatale, pourrait être révélatrice d'une anomalie génétique dont la paralysie cérébrale est une autre des manifestations ou d'une pathologie déclarée en fin de grossesse ou en tout cas au début du travail, selon avis de médecins spécialisés dont il a sollicité l'avis, les professeurs Z..., D..., L..., A..., le docteur B..., le groupe Gynerisq ; que l'argumentation relative à une anomalie génétique ou à une pathologie prénatale sera écartée, étant observé que Mme Aurélie X... a été suivie tout au cours de sa grossesse, considérée comme n'étant pas à risque, par le docteur Joseph I... , qui n'a détecté aucune difficulté ou anomalie, et ce y compris lors de la dernière échographie le 28 juillet 2007, alors que l'absence de deux doigts aurait pu être vue ; que les consorts X... Y... produisent en effet les résultats du test TBX3 sollicités par le docteur Joseph I... qui n'a été adressé à Mme Aurélie X... par le CHU de [...] qu'en avril 2016, test qui n'a pas permis de mettre en évidence une anomalie de séquence pouvant expliquer la pathologie (pièce 86) ; qu'il est d'ailleurs observé que l'agénésie des deux doigts n'a pas été détectée aux échographies réalisées en toute fin de grossesse, le dernière à près de huit mois de grossesse ; qu'en l'absence de mesure du PH ou des lactates ou d'analyse des gaz du sang, mesures et analyses connues qui auraient pu permettre d'écarter une autre cause à la paralysie cérébrale que l'anoxie périnatale, il convient de statuer sur la base des données produites, et notamment la preuve de l'absence d'anomalie génétique ressortant de la pièce réclamée par l'appelant et produite en appel ; que les pièces produites par le docteur Joseph I... (pièces 2, 3, 4, 5, 10, 13 à 15), ne sont pas de nature à remettre en cause l'appréciation du tribunal ; que le docteur Joseph I... fait état d'une lettre adressée à son avocat et au docteur C... par le docteur B..., qui n'est autre que son associé à la clinique [...] d[...], ce qui le prive de l'impartialité nécessaire pour émettre un avis dans une procédure judiciaire, comme en témoignent les termes de «scandaleux, analyse partielle et à charge, description approximative» dont il qualifie le rapport d'expertise, et qui, s'il mentionne que le docteur Joseph I... était présent lors de l'après midi de l'accouchement et est passé régulièrement en salle d'accouchement - ce qui est contesté - n'indique pas, alors qu'il a été appelé deux fois dans l'après midi par la sage femme, les mesures qu'il aurait prises ou son analyse de la situation ; qu'il en est ainsi si lourdes que puissent le

cas échéant être les conséquences de la reconnaissance de la responsabilité du docteur Joseph I..., qui n'est assuré qu'à hauteur de 3 millions d'euros ; que l'avis émis sur le rapport d'expertise et non sur pièces ou au contradictoire des consorts X... Y... par le docteur D... est de ce fait nécessairement incomplet ; en tout état de cause, il convient de le lire dans sa globalité sans se borner à en extraire des membres de phrases ; que ce praticien du CHU de Bordeaux indique que dès le début de l'enregistrement du rythme cardiaque foetal, celui-ci montrait des oscillations à la limite de la normale ce qui a motivé au moins deux appels de la sage-femme, et que rétrospectivement les phases répétées d'anomalies du rythme cardiaque foetal par séquences de 20 à 30 mn avec faible variabilité étaient inquiétantes, mais ne se prononce pas sur la décision qu'aurait pu prendre le docteur Joseph I... s'il était venu lors des deux premiers appels de la sage-femme, ou immédiatement lors du troisième, et n'apprécie l'opportunité de la césarienne qu'après le début de la phase d'expulsion, alors que si celle-ci avait été déclenchée plus tôt, les difficultés résultant du début d'expulsion, qui ne sont pas insurmontables (manoeuvres de remontée du bébé), auraient pu être corrigées et faire néanmoins gagner un temps de plus en plus précieux ; qu'il est en outre observé que le col avait cessé de se dilater depuis deux heures, ce qui pouvait générer des difficultés à l'expulsion, qui a été faite avec l'aide d'instruments ; que par ailleurs ce praticien se fonde sur les recommandations relatives au rythme cardiaque foetal telles que résultant du CNGOF de décembre 2007 ; que celles-ci sont en effet postérieures de trois mois à la naissance de l'enfant, et ne sont en conséquence pas pertinentes pour une naissance le 19 septembre 2007 qui doit s'apprécier au regard des données acquises de la science à la date de l'événement examiné, même s'il est a posteriori possible d'envisager une analyse différente, encore que le docteur Joseph I... soit en réalité assez imprécis sur les conséquences qu'il faudrait tirer des nouveautés résultant de ces nouvelles recommandations dans le cas précis objet du litige ; que la cour observe cependant que même au regard de ces recommandations, le rythme cardiaque foetal de l'enfant présentait des risques majeurs : ralentissement prolongé de 3 mn à 70 battements par minute, variabilité inférieure à 5 battements, phases de tachycardie (trois phases à 200 battements par minute), amniotomie non recommandée, parce qu'elle induit des anomalies du rythme cardiaque foetal à type de ralentissements variables et tardifs, alors qu'elle a été pratiquée sur la mère, appel à un médecin anticipé pour ne pas prolonger exagérément la durée de l'expulsion, qui a été fait en l'espèce mais sans succès au regard de l'arrivée tardive à 18 h 10 du docteur Joseph I... ; qu'en revanche, le placement de la parturiente en décubitus latéral est recommandé en cas d'anomalies du rythme cardiaque foetal et en l'espèce, ce positionnement en décubitus latéral a été effectué, ce qui dénotait la conscience d'un rythme cardiaque foetal anormal ; qu'en tout état de cause, le docteur D... conclut pour l'essentiel à la réduction du pourcentage de la perte de chance retenu par les experts de 70 à 50 % ; qu'enfin, s'il mentionne la possibilité d'une hypoxie anténatale aggravée pendant l'expulsion, qui serait possible selon lui même sans retard de croissance et avec un liquide amniotique clair, il indique qu'il est impossible de faire la part entre les deux en l'absence de mesure du PH ou des lactates, dont il a été indiqué ci dessus que ces mesures et analyses connues permettaient d'écarter une autre cause à la paralysie cérébrale que l'anoxie périnatale ; que s'agissant de l'avis médical sur pièces du professeur Z..., chef de service à l'hôpital nord de [...], il trouve ses limites dans le fait qu'il est sur pièces ; que ce praticien indique qu'il n'est pas possible d'affirmer qu'une césarienne réalisée à 18 h aurait fondamentalement modifié le pronostic, libellé qui a contrario en filigrane signifie qu'une césarienne aurait pu modifier le pronostic, mais encore eût il fallu que le docteur Joseph I... soit présent à 18 h ; qu'il pose également la question d'une pathologie déclarée en fin de grossesse ou en tout cas avant le début du travail du fait de l'anomalie d'un membre supérieur et de l'anémie post natale, question ci dessus étudiée, et sur laquelle il se borne à suggérer une hypothèse sans évoquer de

moyens d'exploration, ni faire référence à l'élément nouveau produit en appel ; que le professeur L..., spécialiste d'imagerie pédiatrique et foetale, fait état dans sa « relecture d'examen » (pièce 10) du 7 décembre 2015 portant sur l'IRM réalisée à cinq jours sur le bébé à une potentielle combinaison de souffrance aigue associée à une souffrance plus chronique déjà installée dans les jours ou heures précédant l'accouchement ; que là encore, ces suppositions sont écartées par les considérations ci-dessus ; que de plus, le professeur E... qui a procédé à l'IRM « relu » par le professeur L..., souligne (pièce 83 des consorts X... Y...) la difficulté d'interpréter à J+5 le moment et donc la cause de la survenance des lésions, qu'il attribue, dans le contexte connu, à l'état clinique de l'enfant au moment de la naissance ; que s'agissant du document émanant du professeur A... (pièce 13 du docteur Joseph I...) intitulé de façon non neutre « rapport critique sur les pièces du dossier médical et de l'expertise judiciaire fournis par le docteur Joseph I... », étant d'ailleurs observé qu'il ne s'agit pas d'une expertise judiciaire, "rapport" qui cherche à minimiser la possibilité que la paralysie cérébrale de l'enfant ait une cause périnatale résultant de l'asphyxie foetale, il est tout d'abord observé qu'il se fonde sur les recommandations du CNGOF (auquel il participe) de décembre 2007 postérieures à l'accouchement ; que la critique du rapport d'expertise de la CRCI en ce qu'aurait été omis l'aspect pédiatrique est infondée puisque l'un des deux experts était un pédiatre ; qu'en tout état de cause, il ressort des pièces produites par les consorts X... Y... que le professeur A... est lié via le groupe ASSPRO (association visant à défendre des médecins mis en cause dans des procédures) dont il est le médecin conseil au cabinet d'assurances Branchet, assureur du docteur Joseph I..., qui a refusé de reconnaître la responsabilité de celui-ci et de formuler une proposition d'indemnisation, de sorte que son impartialité est, en dépit de sa qualité d'expert judiciaire, à tout le moins sujette à caution ; que le docteur A... est également lié au groupe Gynerisq évoqué ci dessous, avec lequel travaille également le cabinet Branchet qui le finance (pièces 87, 88, 89, 90, 91 des intimés) ; que s'agissant enfin de l'analyse du rythme cardiaque foetal effectuée par le groupe Gynerisq (pièce 15), qui n'est pas en tant que tel un groupe d'experts mais un groupe d'accréditation des praticiens (pièce 14), au delà de sa lisibilité qui demeure à démontrer (référence non à des heures mais à des cotations), sa conclusion aux termes de laquelle les anomalies du rythme cardiaque foetal sont épisodiques avec essentiellement des épisodes de variabilité minimale n'excédant jamais 40 mn et parfois associés à des ralentissements moins sévères, apparaît en contradiction avec la mention suivante « aucune anomalie du rythme cardiaque foetal permettant d'affirmer la survenue d'un épisode aigu perpartum pouvant entraîner une acidose métabolique à risque neurologique » et « une conduite obstétricale cohérente », dès lors que sont portées dans la colonne "interprétation" de nombreuses mentions « non significatif », la réitération du non significatif devenant justement significative, deux épisodes "suspects" et deux épisodes "suspects à risque d'acidose", et dans la colonne « événements » un unique appel à obstétricien alors que la sage femme a alerté à trois reprises le docteur Joseph I..., qui n'est intervenu qu'à son troisième appel, et avec un délai de 30 minutes, alors que la situation devenait urgente ; qu'il est précisé que le docteur Joseph I... est cotisant au groupe Gynerisq ; que l'attestation non manuscrite et à ce titre irrecevable de la sage femme est inexploitable car très imprécise sur la réponse du docteur Joseph I... à ses deux premières sollicitations et ne porte aucune référence horaire, se bornant en réalité à indiquer que le docteur Joseph I... avait en ce milieu d'après-midi un autre accouchement et qu'il est donc passé en salle de naissance, ce qui n'implique nullement qu'il se soit intéressé au cas de Mme Aurélie X... ; qu'au vu de ces éléments, de ceux retenus par le premier juge et de l'examen génétique normal de l'enfant produit en appel, qui permet d'écarter l'anomalie génétique suggérée par l'appelant, il y a lieu de confirmer le jugement, la responsabilité du docteur Joseph I... étant engagée pour n'avoir pas en temps utile envisagé une césarienne devant une stagnation du col, un rythme cardiaque foetal

anormal, et n'avoir pas répondu en temps utile aux alertes de la sage femme, ne s'étant présenté qu'à 18h40 à la suite de son appel de 18 h 10, et ce sans aucune explication, alors que les experts mentionnent qu'à partir de 18 h la césarienne devait être envisagée en urgence, ce qui aurait réduit le risque pour l'enfant J... de présenter les pathologies résultant de son anoxie périnatale ; qu'il n'y a pas lieu à ordonner une expertise judiciaire, l'expertise réalisée dans le cadre de la CRCI par un obstétricien et un pédiatre étant complète et suffisante ; que le jugement sera confirmé en toutes ses dispositions relatives à la responsabilité du docteur Joseph I... , au quantum de la perte de chance retenu de 70 %, au rejet de la demande d'expertise et aux provisions accordées ;

ET AUX MOTIFS QU'aux termes de l'article 1142-1-I du code de la santé publique, hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés dans la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostics ou de soins, ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes, de prévention, diagnostics ou de soins qu'en cas de faute"; que selon le rapport d'expertise médicale contradictoire de J... Y... en date du 2 avril 2010 des Dr F... et K... suite à la réunion d'expertise du 26 mars 2010, la grossesse de Mme Aurélie X... suivie par le docteur I... s'est déroulée normalement, le terme prévu étant le 22 septembre 2007 ; qu'en ce qui concerne l'accouchement, Mine X... Aurélie, s'est présentée à 1 heure à la maternité du centre médico- chirurgical [...] d[...] où elle a été hospitalisée et s'est mise progressivement en travail ; qu'elle a été installée en salle de naissance à 8 heures 10 alors que le col était dilaté à 3 cm puis le travail va progresser normalement jusqu'à 16 heures 30, puis la dilatation du col va stagner à 9 cm durant 2 heures jusqu'à 18 heures 40, heure à laquelle la dilatation est complète et les efforts expulsifs débutent ; que pendant la durée du travail entre 11heures 50 et 13heures, puis entre 13heures30 et 14heures, le rythme cardiaque foetal va montrer des anomalies marquées par une nette diminution des oscillations inférieures à 5 bpm ; que la sage-femme note à 13 heures 30 que le col est dilaté à 7 cm et sur le monitoring que le RCF (rythme cardiaque foetal) est «serré» ce qui correspond sur le tracé à un rythme micro-oscillant et qu'elle le signale au Dr I... qui indique ne pas se souvenir quelle réponse il lui a faite ; qu'après 14 heures, le RCF se normalise avec cependant des périodes de micro-oscillations en particulier de 14 heures 20 à 15 heures puis de nouveaux à partir de 15 heures 20 ; qu'à 15 heures 30, le col est dilaté à 8 cm et la sage-femme a noté sur le monitoring: "rythme signalé au Dr I..." ; que celui-ci indique ne pas se souvenir de ce qu'il a répondu à la sage femme à ce moment-là ; qu'aucune consigne n'est notée dans le dossier ; qu'à partir de 15 heures 45 et jusqu'à 16 heures 10, le rythme de hase est à 130 bpm, micro-oscillant avec des ralentissements peu profonds mais pratiquement réguliers à chaque contraction ; qu'à 17 heures 25 se produit un ralentissement profond à 60 bpm, récupérant en deux minutes, ce ralentissement étant contemporain d'un effort expulsif ; que le RCF récupérant ensuite, tout en restant micro-oscillant ; qu'un nouveau ralentissement survient à 17heures 45 lors d'un nouvel effort expulsif ; qu'il est alors noté sur l'enregistrement que les effort expulsifs sont interrompus pour laisser le temps à la présentation de descendre ; qu'à partir de 18 heures, le RCF redevient micro-oscillant avec des ralentissements peu profonds mais présents à chaque contraction ; que la sage-femme appelle le Dr I... à 18heures 10 ; que celui-ci vient au chevet de la parturiente à 18heures 40 au moment du début des efforts expulsifs ; que l'examen du monitoring montre que les ralentissements s'étaient à partir de 18 heures 30 devenant profonds et répétés dès les premiers efforts expulsifs, avec à 19 heures 13 un épisode de tachycardie à 200 bpm ; que la tête foetale ne progresse qu'avec difficulté nécessitant à la pratique de l'expression utérine, le Dr I... a utilisé la ventouse au détroit inférieur et les spatules de

Thierry et a réalisé une épisiotomie ; qu'après 55 minutes d'expulsion, l'enfant né en état de mort apparente à 19 heure 35 avec un poids de 3660 g, une taille de 49,50 cm, un périmètre crânien de 35 cm ; qu'en ce qui concerne l'enfant prénommé J..., il a été immédiatement aspiré, ventilé au masque en oxygène pur avec massage cardiaque externe ; qu'à cinq minutes, l'APGAR est à 4 ; qu'il est intubé et reçoit de l'adrenaline par voie intra-trachéale et une perfusion de solution glucosée ; que le rythme cardiaque reste satisfaisant, la saturation à 90 % mais l'enfant est très hypotonique ; qu'il est sédaté par hynoyel et sufenta ; qu'il est pris en charge par le SMUR pédiatrique et transféré dans le service de pédiatrie néonatale et réanimation du CHU de Bordeaux où il restera hospitalisé du 19 septembre au 22 octobre 2007 ; qu'il sera rapidement déventilé et extubé définitivement le 26 septembre ; qu'il a été en hypotension pendant cinq jours justifiant l'administration de dopamine et d'hydrocortisone ; que les examens biologiques ont confirmé une souffrance anoxique polyviscérale avec à l'admission, des lactate élevées à 7,7 mEq, créatine élevée à 162 umol/l, cytolise hépatique, transaminases GO : 446, GP : 56 ; que la numération formule sanguine à l'entrée ne montre pas d'anémie ; que le taux d'hémoglobine chute ultérieurement à cause des prélèvements sanguins nécessaires pour surveiller l'enfant en réanimation et d'un certain degré d'hémnodilution chez un enfant ayant une souffrance neurologique sévère ; qu'il présente une hypotonie axiale avec sur l'électroencéphalogramme du 20 septembre 2007 un tracé de souffrance cérébrale marquée plus accentuée à gauche ; qu'il reçoit du Gardéal, de la morphine, de l'hypnovel par voie intraveineuse et présente le 20 septembre des mouvements des membres supérieurs d'allure convulsive justifiant une deuxième dose de Gardéal ; que l'échographie montre un aspect hétérogène des 2 thalamus avec des petites zones hyper-échogènes et un index de résistance artériel au niveau de la cérébrale antérieure abaissé ; qu'il reste très hypotonique et hyporéactif jusqu'à l'âge de trois semaines ; qu'il présente une malformation congénitale de la main droite avec agénésie des quatrième et cinquième doigts de la main droite ; que le caryotype est masculin normal, les bilans métaboliques effectués éliminaient une maladie métabolique ; qu'il présente un syndrome de West à l'âge de cinq mois justifiant une nouvelle hospitalisation en neuropédiatrie le 23 janvier 2008 et supporte mal le traitement qui lui est administré ; que par la suite, il sera suivi toute l'année 2008 et 2009 au CAMPS et dans le service de pédiatrie du CHU, l'évolution est vers une infirmité motrice cérébrale tétraparétique, des troubles de déglutition confirmée au transit oeso-gastrique ; que son état nécessite la poursuite de la rééducation, la mise en place d'un siège moulant et la poursuite du traitement anti-comitial ; que lors de l'examen, il présente un poids et une taille normale pour son âge, un périmètre crânien de 45 cm insuffisant témoignant d'une microcéphalie, une agénésie des quatrième et cinquième doigts de la main droite sans lien avec l'histoire principale ; que des séquelles neurologiques majeures puisqu'il ne tient pas sa tête, n'a pas acquis la position assise et debout ; il existe une hypotonie axiale périphérique majeur ; qu'il n'a pas ou très peu de contacts visuels et auditifs, il présente un strabisme ; qu'il est sous depakine ; qu'au niveau médico-légal, les médecins experts exposent qu'un rythme cardiaque foetal micro-oscillant pendant plus de 30 minutes doit être considéré comme pathologique ; qu'en l'espèce, le RCF a été micro-oscillant entre 11 heures 50 et 13 heures puis entre 13 heures 30 et 14 heures, éléments signalés au Dr I... à 13 heures 30 puis à nouveau à 15 heures 30 ; qu'à partir de 15 heures 45 et jusqu'à 16 heures 10, le rythme de base était à 130 bpm, micro-oscillant avec des ralentissements peu profonds mais pratiquement réguliers à chaque contraction conférant au RCF un caractère pathologique ; qu'à 17 heures 25, il était noté la survenue d'un ralentissement profond à 60 bpm ; que le RCF récupère mais reste micro-oscillant et à 17 heures 45, se produit un nouveau ralentissement lors d'un nouvel effort expulsif ; que les efforts expulsifs sont interrompus pour laisser le temps à la présentation de descendre mais à partir de 18 heures le RCF redevient micro oscillant avec des ralentissements peu profonds mais

présents à chaque contraction, conférant à ce rythme un caractère encore plus pathologique ; qu'appelé à 18 heures 10, le Dr I... viendra à 18 heures 40 au moment du début des efforts expulsifs qui vont durer 55 minutes, période durant laquelle le RCF sera très pathologique avec à 19 heures 13 un épisode de tachycardie à 200 bpm hautement pathologique ; que la durée excessive pour un premier accouchement pour lequel la durée de l'expulsion doit être de 30 minutes maximum ; que les anomalies du RCF témoignaient d'une hypoxie totale ; que les médecins experts concluent que cette attitude attentiste du Dr I... a abouti à un état d'hypoxie majeure de l'enfant qui est né en état de mort apparente et qui présente actuellement des séquelles importantes de l'anoxo ischémie cérébrale qu'il a subie ; que le Dr I... aurait dû prendre les mesures qui s'imposaient et qu'en ne pratiquant pas dès 18 heures une césarienne alors qu'il avait été alerté à deux reprises par la sage-femme d'anomalies du rythme cardiaque foetal, il n'a pas agi conformément aux règles de l'art et aux données acquises de la science à l'époque des faits ; que l'état actuel de l'enfant est la conséquence directe de l'hypoxie prolongée qu'il a subie au cours de l'accouchement, étant précisé que les médecins indiquent que l'agénésie des quatrième et cinquième doigt de la main droite est sans lien avec ce qui reproché au Dr I... ; que le Dr I... estime ne pas avoir engagé sa responsabilité et se prévaut de l'analyse des professeurs D... et Z... reposant sur les recommandations de CNGOF du 12 décembre 2007 pour indiquer qu'il est impossible d'affirmer que le rythme enregistré de 15 heures 45 à 16 heures 10 était réellement pathologique ; que le rythme cardiaque foetal en fin de travail était après une première anomalie survenue à 17 heures 20 suivie d'une récupération par traitement normal avec un rythme de base à 150 ; qu'en l'absence, d'anomalies pathologiques du rythme avant 18 heures, il n'y avait alors aucune indication à proposer une césarienne plus tôt ; qu'il est conforme à la pratique médicale de tenter une extraction par voie basse ; qu'il n'est pas établi que s'il avait été décidé une césarienne la naissance de l'enfant n'aurait été accomplie dans les mêmes délais ; qu'il produit une attestation de la sage-femme Mme Yvette G... en date du 17 juin 2010 ainsi libellée : « Atteste que le Dr I... s'est rendu en salle de naissance auprès de Mme X... Aurélie, sa patiente, de façon spontanée et lorsque que je l'ai sollicité. Il n'est pas possible de dire que ce dernier ne soit pas passé en salle de naissance sur la durée du travail de cette patiente et de par le fait qu'il a procédé à un accouchement en milieu d'après-midi. Ce ne sont pas des pratiques du docteur H... qui passe en salle de naissance voir ses patientes, il sait se rendre disponible si besoin comme peut le permettre notre petite structure » ; qu'en réalité, il résulte des opérations expertales que le Dr I... ne s'est présenté qu'à 18 heures 40 dans la salle de travail au moment de l'expulsion alors qu'il avait été dès le début de l'après-midi, soit à 13 heures 30, prévenu d'anomalies au niveau du rythme cardiaque foetal puis à 15 heures 30, et ce alors qu'il est objectivé que ces anomalies ont perduré avec des difficultés dans le déroulement du travail puisque la dilatation est restée stagnante pendant 2 heures chez une primipare ; qu'appelé à 18 heures 10, il se présentera pour la seule expulsion à 18 heures 40 ; que le Pr D... indique « contrairement à ce qui est dit dans l'expertise, le rythme cardiaque foetal à 18 heures n'impose pas avec certitude la réalisation d'une césarienne. C'est à partir de 18 heures 10 que le rythme cardiaque foetal s'altère avec un rythme de base à 150 (normale à 110/160 RPC CNGOF). Il existe une faible variabilité inférieure ou égale à cinq battements par minute et des ralentissements précoces de 20 battements, syndrome des contractions. Il est certain que rétrospectivement les phases répétées d'anomalies du rythme par séquence de 20 à 30 minutes avec faible variabilité était inquiétante » ; qu'il joint à ses dires une étude du CNGOF en date du 12 décembre 2007 sur les modalités de surveillance foetale pendant le travail d'où il ressort qu'un RCF est normal lorsqu'il remplit les quatre critères suivants : rythme de base: compris entre 110 et 160bpm, variabilité: comprise entre 6 et 25 bpm, réactivité : présence d'accélération, ralentissements : absence, et que le RCF est une bonne méthode de dépistage de l'asphyxie fatale pendant l'accouchement car sa

sensibilité est très bonne, l'existence d'un RCF normal permet d'affirmer le bien-être foetal avec une excellente valeur prédictive négative que le diagnostic clinique de travail et son caractère actif (phase active de la dilatation cervicale) sont nécessaires pour juger de l'attitude de prise en charge ; qu'il apparaît que nonobstant le fait que l'accouchement a eu lieu avant les recommandations du CNGOF du 12 décembre 2007 et qu'ainsi les experts devant se prononcer conformément aux règles de l'art et aux données acquises de la science médicale à l'époque où les soins et actes ont été pratiqués, ne pouvaient se référer à elles, la situation devait être analysée globalement et non pas en tronçonnant les différents incidents au cours de l'accouchement comme le font le Dr I... et les médecins à qui il a soumis le rapport d'expertise pour dire qu'aucun des différents incidents n'était très grave et ne justifiait une intervention particulière ; que les experts médicaux n'ont pas prétendu qu'il pouvait être réalisé une césarienne lorsque que le Dr I... est finalement intervenu à 18 heures 40 mais ont relevé, ce qui n'est d'ailleurs pas contredit par le professeur D..., qu'il existait des signes objectifs d'hypoxie foetal résultant des anomalies répétées du RCF et qui a abouti à un état d'hypoxie majeure chez l'enfant qui est né après 55 minutes d'efforts expulsifs en état de mort apparente et que la césarienne aurait du être décidée dès 18 heures, soit à compter de 18 heures ; qu'il résulte des éléments matériels recueillis au cours de l'expertise, éléments qui ne sont pas contredits par l'attestation de la sage-femme en date du 17 juin 2010, que le Dr I... n'est intervenu qu'à partir de 18 heures 40 alors qu'à partir de 13 heures 30, le RCF a présenté des "phases répétées d'anomalies du rythme par séquence de 20 à 30 minutes avec faible variabilité" selon tes termes mêmes du professeur D... qui reconnaît que rétrospectivement, elles étaient inquiétantes ; qu'en ne donnant aucune consigne ou recommandation particulière à la sage femme qui pourtant l'a alerté à 2 reprises, à défaut en ne venant pas surveiller le travail malgré ces anomalies du RCF dont il était dûment avisé, si bien qu'il ne sera tenu aucun compte de la stagnation du travail qui devait aussi l'alerter, et en intervenant à 18 heures 40, il a rendu impossible toute césarienne en temps utile pour éviter d'exposer plus longtemps l'enfant à une hypoxie foetale qui est, avec la durée des efforts expulsifs, devenue très importante au point que l'enfant est né en état de mort apparente à 19 heures 35 ; que la faute reprochée au Dr I... a un lien de causalité directe puisque qu'elle a été à l'origine d'une perte de chance d'éviter des séquelles neurologiques ou d'en présenter de moins graves ; que le docteur Z... indique qu'il y a association d'une anomalie d'un membre supérieur et une anémie à révélation secondaire et que les experts n'ont pas retenu l'implication de cette anémie dans la gravité du pronostic alors que selon lui, il est difficile d'admettre qu'une chute de 4 points d'hémoglobine soit considérée comme habituelle et liée au prélèvement sanguin ; qu'il conclut sur l'état postnatal de la manière suivante « cette anémie n'est sûrement pas anodine si l'on admet la notion d'une anoxie périnatale » ; qu'outre qu'il convient d'observer que le docteur Z... est le seul à faire ces observations, qu'il ne documente, ni n'explique, il oublie de mentionner que lorsque J... est hospitalisé le 19 septembre dans le service de pédiatrie néonatale et réanimation du CHU de [...], la numération formule sanguine ne montre pas d'anémie et qu'en outre, les médecins experts ont indiqué que cette anémie ne résultait pas simplement des prélèvements sanguins mais aussi d'un certain degré d'hémodilution chez un enfant ayant une souffrance neurologique sévère et que cette anémie ne participait pas aux lésions de l'enfant ni en anténatale, ni en postnatal ; qu'il en résulte qu'il n'existe, en réalité, aucune critique médicalement fondée sur le rapport d'expertise rendue par les Dr F... et K... et qu'il convient de débouter le Dr I... de sa demande de nouvelle expertise sur l'ensemble des faits ayant conduit à la présente procédure ; qu'au vu de l'ensemble des éléments précités, il apparaît que le Dr I... a fait perdre à l'enfant J... Y... une perte de chance, sinon de ne présenter aucune lésion neurologique, du moins de présenter des lésions beaucoup moins importantes, étant rappelé que l'agénésie du quatrième et cinquième doigt de la main droite n'est pas rattachée aux conséquences de la faute reprochée au Dr I... ; que

cette perte de chance doit être évaluée à 70 % ;

1° ALORS QUE le docteur I... faisait valoir qu'il n'avait fait que se conformer aux données acquises de la science telles qu'elles résultaient d'un rapport publié dès 2003 aux Etats-Unis et que le CNGOF n'avait fait que reprendre dans ses recommandations de décembre 2007 ; qu'en retenant, l'accident s'étant produit en septembre 2007, avant les recommandations publiées en décembre 2007, que les experts devaient se prononcer conformément aux données acquises de la science médicale à l'époque où les soins et actes ont été pratiqués, et ne pouvaient dès lors se référer aux recommandations publiées en décembre 2007 sans rechercher si, comme il était soutenu, ces recommandations ne faisaient pas que compiler des données acquises depuis plusieurs années déjà, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique ;

2° ALORS au surplus QUE le comportement d'un médecin ne saurait être regardé comme fautif quand il est conforme aux données acquises de la science à la date à laquelle le juge statue ; qu'en retenant qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte des recommandations publiées par le CNGOF, deux mois après l'accident, motif pris que celles-ci sont postérieures à la naissance de l'enfant, la cour a violé l'article L. 1142-1 du code de la santé publique ;

3° ALORS QUE la responsabilité d'un médecin ne peut être recherchée que si celui-ci a commis une faute en relation de causalité directe et certaine avec les pathologies ou symptômes constatés chez le patient ; que la cour d'appel a elle-même admis qu'une mesure du PH, une mesure des lactates ou une analyse des gaz de sang auraient permis d'écartier une autre cause à la paralysie cérébrale que l'anoxie cérébrale, ce dont résulte que, pour la cour d'appel elle-même, on ne eut tenir pour absolument certain que la paralysie cérébrale soit la conséquence d'une anoxie périnatale ; qu'en retenant la responsabilité du docteur D... au motif que l'hypothèse de l'anoxie périnatale est finalement la plus probable, sans être pour autant certaine dès lors que d'autres causes pouvaient être à l'origine de la paralysie cérébrale, la cour d'appel, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique ;

4° ALORS QU'il résulte seulement du document relatif au « test TBX3 » que « l'analyse du gène TBX3 n'a pas permis de mettre en évidence d'anomalie de séquence pouvant expliquer la pathologie » (prod. n° 12) ; que ce document n'excluait donc pas toute maladie génétique ; qu'en affirmant que ce document suffisait à établir la preuve de l'absence d'anomalie génétique en lien avec les séquelles de l'enfant, la cour d'appel l'a dénaturé et a violé ainsi l'article 1192 du code civil et le principe selon lequel le juge ne doit pas dénaturer les documents de la cause ; **Publication :**

Décision attaquée : Cour d'appel de Bordeaux , du 31 janvier 2017

